

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2007120092

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

医疗损害技术鉴定法律问题研究

Identification of Medical Malpractice Legal Issues

许 中

指导教师姓名: 钟瑞栋 副教授

专 业 名 称: 法律硕士

论文提交日期: 2011 年 月

论文答辩时间: 2011 年 月

学位授予日期: 2011 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2011 年 月

医疗损害技术鉴定法律问题研究

许中

指导老师: 钟瑞栋 副教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ √ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

法律规定的不完善以及法官对鉴定结论的依赖性造成了目前医疗鉴定中，医疗事故技术鉴定与法医学医疗鉴定共存的二元化局面。《侵权责任法》在民事赔偿上否定了医疗事故的概念，提出以医疗损害责任为核心的民事责任制度，使医疗鉴定面临了新的问题。医疗事故技术鉴定机制和法医学医疗鉴定机制都存在种种缺陷，不能完全满足《侵权责任法》对医疗鉴定的新需求。无论是鉴定结论的固有属性还是侵权责任法的新的技术内容都要求对现有的医疗事故技术鉴定模式进行改革，建立起符合《侵权责任法》要求的医疗损害技术鉴定制度。

全文共分为四章。第一章介绍医疗鉴定二元化的概念、形成背景及其对比分析。第二章首先从鉴定主体、鉴定程序、鉴定实施、鉴定文书等方面分析了医疗事故技术鉴定机制存在的各种问题，随后论述了法医学医疗鉴定模式存在的缺陷，认为医疗责任鉴定不属于法医学鉴定内容、法医不能充当鉴定人、法医学医疗鉴定基本理论不清，最后对两种鉴定模式进行了比较分析。第三章对《侵权责任法》对医疗鉴定的要求进行了研究，首先通过分析各国对医疗损害使用的概念以及我国使用医疗事故概念的弊端，说明了《侵权责任法》弃用医疗事故概念的合理性。随后探析了医疗损害的概念和分类，最后总结梳理了医疗损害鉴定新的鉴定内容。第四章对完善医疗损害技术鉴定制度提出了自己的建议：医疗损害技术鉴定属于司法鉴定中的一种，应纳入司法鉴定体系统一管理；全国设置统一的鉴定机构资质标准和鉴定程序；以设区市为单位，设置统一的鉴定专家库；取消医学会鉴定“主体地位”，医学会和其他司法鉴定机构鉴定地位平等。

关 键 词： 医疗事故技术鉴定；法医学医疗鉴定；医疗损害技术鉴定；侵权责任法

ABSTRACT

Due to the imperfect laws and regulations, as well as judge's dependence on expert opinion in his/her decision, there is a binary existence of authentication for medical accidents and medical identification by medical jurisprudence at the moment. The Tort Liability Law abandons the concept of medical accident and sets up a civil liability system oriented in medical malpractice liability, which raises new problems for medical identification system. There are many flaws in both authentication for medical accidents and medical identification by medical jurisprudence. Neither of them can fully meet the demands of the Tort Liability Law. Either the nature of expert opinion or the new technical content of the Tort Liability Law makes it essential to reform the existing authentication for medical accidents, to establish new system of authentication for medical malpractice in accordance with the Tort Liability Law.

This paper consists of four chapters. The first chapter introduces the concept of dual medical identification, background and comparative analysis of the formation. The second chapter, First from the identification of the main chapter, identification procedures, identification of implementation, identification of instruments and other medical technology analyzes the various problems of authentication mechanisms, then discusses the forensic medical examination model defects that do not belong to medical liability forensic content identification, can not act as a forensic expert, forensic medical identification of the basic theory is unclear, the final identification of the two models were compared. The third chapter, "Tort Liability Act" requirements for medical studies identified, first by analyzing the countries using the concept of medical damage of the drawbacks of using the concept of medical malpractice, that the "Tort Liability Act," abandoned the concept of medical malpractice reasonable. Then the concept of a medical injury and classification and, finally, a new sort of medical identification of the contents of the appraisal. Chapter IV of the Medical Injury Identification System improvement put forward their own proposals: medical malpractice Forensic Identification of a fall, should be

included in the unified management of forensic system; national accreditation bodies to set uniform standards for qualification and identification procedures; to set regions, and municipalities as a unit, the identification of experts set up a unified database; cancel Medicine identified "dominant position", Medical Association and other forensic identification of bodies have equal status.

Key words: Authentication for medical accidents; Medical identification by medical jurisprudence; Authentication for medical malpractice; Tort Liability Law.

目 录

| | |
|---------------------------|----|
| 引 言 | 1 |
| 第一章 医疗鉴定二元化产生的背景 | 2 |
| 一、医疗鉴定二元化的释义 | 2 |
| 二、医疗鉴定二元化的形成 | 2 |
| 三、医疗鉴定二元化的比较分析 | 2 |
| 第二章 二元化鉴定机制存在的问题 | 4 |
| 第一节 医疗事故技术鉴定机制存在的问题 | 4 |
| 一、鉴定主体存在的问题 | 4 |
| 二、鉴定程序存在的问题 | 6 |
| 三、鉴定实施中存在的问题 | 8 |
| 四、鉴定文书存在的问题 | 9 |
| 第二节 法医学医疗鉴定模式存在的问题 | 10 |
| 一、医疗问题鉴定不属于法医学鉴定内容 | 11 |
| 二、法医参加医疗鉴定的原因 | 13 |
| 三、法医不能充当鉴定人 | 14 |
| 四、法医学医疗鉴定的基本理论不清 | 16 |
| 第三节 两种医疗鉴定模式比较分析 | 16 |
| 一、医疗事故技术鉴定 | 16 |
| 二、法医学医疗鉴定 | 17 |
| 三、两种医疗鉴定模式能否融合 | 17 |
| 第三章 《侵权责任法》对医疗鉴定的要求 | 18 |
| 第一节 医疗事故概念探析 | 18 |
| 一、各国对医疗损害使用的概念 | 18 |
| 二、使用医疗事故概念的弊端 | 19 |
| 三、《侵权责任法》抛弃了医疗事故概念 | 20 |
| 第二节 医疗损害责任概念探析 | 21 |

| | |
|---------------------------------|-----------|
| 一、医疗损害责任的含义 | 21 |
| 二、医疗损害责任的分类 | 22 |
| 第三节 医疗鉴定的新内容扩展 | 22 |
| 第四章 医疗损害技术鉴定制度改革设想 | 24 |
| 一、医疗损害技术鉴定应纳入司法鉴定体系 | 24 |
| 二、明确鉴定人资质要求，设置统一的鉴定专家库 | 25 |
| 三、设置统一的鉴定机构和鉴定程序 | 26 |
| 四、实行鉴定专家个人负责制 | 27 |
| 五、增加新的医疗鉴定内容 | 28 |
| 结 语 | 29 |
| 参考文献 | 30 |
| 致 谢 | 32 |

CONTENTS

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| Preface | 1 |
| Chapter 1 Medical Identification of dual background | 2 |
| Section 1 Interpretation of dual medical identification | 2 |
| Section 2 Identification of the formation of binary medical | 2 |
| Section 3 Comparison of the medical identification of dual | 2 |
| Chapter 2 Dual mechanism of the problems identified | 4 |
| Subchapter 1 Medical Malpractice mechanism problems | 4 |
| Section 1 Problems in identification subject | 4 |
| Section 2 Problems in identification procedures | 6 |
| Section 3 Identification of problems in the implementation of | 8 |
| Section 4 Problems in identified instruments | 9 |
| Subchapter 2 Forensic medical examination model problems | 10 |
| Section 1 Medical forensic identification of the content does not belong to | 11 |
| Section 2 Forensic medical identification of the reasons to participate in | 13 |
| Section 3 Forensic can not act as a expert | 14 |
| Section 4 Forensic medical identification of the basic theory of unclear | 16 |
| Subchapter 3 A comparative analysis of two medical identification | 16 |
| Section 1 Authentication for medical accidents | 16 |
| Section 2 Medical indentification by medical jurisprudence | 17 |
| Section 3 Whether the integration of two medical examination model | 17 |
| Chapter 3 "Tort Liability Act" requirements for medical identification | 18 |
| Subchapter 1 Concept of medical malpractice Countries | 18 |
| Section 1 States use the concept of medical harm | 18 |
| Section 2 The concept of using the medical malpractice | 19 |
| Section 3 "Tort Liability Act" abandoned the concept of medical | |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| malpractice | 20 |
| Subchapter 2 Concept of medical malpractice liability | 21 |
| Section 1 The meaning of medical malpractice liability | 21 |
| Section 2 Classification of medical malpractice liability | 22 |
| Subchapter 3 Expansion of the medical identification of new content .. | 22 |
| Chapter 4 Medical Injury Identification System Reform | 24 |
| Section 1 Identification of medical damage identification system should be incorporated into judicial | 24 |
| Section 2 Clearly identified as qualification requirements, identification of experts set up a unified database | 25 |
| Section 3 Set uniform procedures for the identification of bodies and identification of | 26 |
| Section 4 Expert for the implementation of individual responsibility | 27 |
| Section 5 Increase the content of new medical identification | 28 |
| Conclusion | 29 |
| Bibliography | 30 |
| Thanks | 32 |

引 言

2010年7月1日《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)正式实施以前,我国的医疗侵权诉讼处于非常混乱的状态。最典型的就是诉讼案由二元化、法律适用二元化以及医疗鉴定二元化。《侵权责任法》第七章“医疗损害责任”立法的主要目的之一,就是要解决医疗侵权诉讼中的混乱局面,将案由、法律适用、医疗鉴定的二元化向一元化回归,以保障法律的权威性和司法的统一。

然而,《侵权责任法》只完成了诉讼案由、法律适用的统一,医疗鉴定是否采取统一的鉴定模式,在《侵权责任法》中没有规定。在最高人民法院2010年6月30日发布的《关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的解释》第3条规定,“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件,根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗损害鉴定的,按照《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》、《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》及国家有关部门的规定组织鉴定”。由于上述规定过于简单,理论界存在诸多的歧义与争论,司法实践中也存在很多困惑和难题。

综上,我国目前的医疗鉴定制度,不仅很难统一,而且可能将演变为医疗事故技术鉴定机制被边缘化,而由法医鉴定机构唱独角戏的局面。如果现行的法医鉴定机构能够承担起医疗损害技术鉴定的重任,这也并非坏事。但是如果法医鉴定机构承担不了这项重任,那么,我国的医疗侵权诉讼仍然会陷入一种新的混乱。

本文拟针对我国目前医疗损害技术鉴定制度缺陷、医疗事故技术鉴定与法医学医疗鉴定优缺点比较等方面作一些初步的探讨,并在如何进一步立法完善我国医疗损害技术鉴定机制方面提出浅见。

第一章 医疗鉴定二元化产生的背景

一、医疗鉴定二元化的释义

所谓医疗鉴定模式的二元化，是指在涉及医疗赔偿纠纷中确定医疗行为有无过错的法医学鉴定，既有传统意义上的医疗事故技术鉴定，也有根据《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》启动的法医学医疗鉴定。这两种不同模式的鉴定，从鉴定人的资质到鉴定的方法，从鉴定的内容到鉴定依据的标准等，均有很大的区别，且在实践中褒贬评价也因人所处的职业位置不同而异。

二、医疗鉴定二元化的形成

医疗鉴定模式的二元化，在 1987 年 6 月 29 日发布的《医疗事故处理办法》实施的年代即已出现，但是那时反对进行法医鉴定之声非常强烈，只有个别法院个别法官在实施。最高人民法院在其司法解释和相关文件中，都没有明确表态可以委托司法鉴定机构进行医疗过错鉴定。但是到了 2002 年 9 月 1 日，《医疗事故处理条例》（以下简称《条例》）实施后，这一情况发生了质的变化，尤其是最高人民法院在 2003 年 1 月 6 日出台《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》之后，明确了“人民法院在民事审判中，根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗事故司法鉴定的，交由条例所规定的医学会组织鉴定。因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷需要进行司法鉴定的，按照《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》组织鉴定。”至此，医疗鉴定二元化的格局正式形成。

三、医疗鉴定二元化的实施

主张医疗鉴定二元化者，也认同医疗事故技术鉴定，只不过他们认为医疗事故技术鉴定是一种单纯的行政鉴定，系卫生行政部门认定和处理医

疗事故的依据。^①所谓行政鉴定，是指行政管理部门依据国家法律、法规，在行政执法或依法处理行政事务纠纷时，对所涉及的专门性问题委托所属的行政鉴定机构或法律、法规专门的检验、鉴定机构进行检验、分析和评判，从而为行政执法或纠纷事件的处理、解决提供科学依据而从事的一项行政活动。^②因此最高人民法院在其 2003 年做出的司法解释中也只是对因医疗事故引起的民事赔偿纠纷，根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗事故司法鉴定的，交由条例所规定的医学会组织鉴定。

医疗事故技术鉴定确实有其固有的缺陷，尤其是在其作为的鉴定结论的内容上，与“是否构成医疗事故、构成几级事故”密不可分。而医疗纠纷在民事赔偿方面，一般又不涉及医疗事故这个概念，只要求确定是否存在医疗过失即可。从这个方面看，医疗事故技术鉴定结论明显不能适应我国民事审判的需要。相比之下，法医学医疗鉴定结论则针对民事审判关注的焦点——医疗行为是否存在过错、过失医疗行为与损害后果之间是否具有因果关系等进行鉴定，甚至还对过失医疗行为的责任程度予以明确的百分比判断，出具了可以令法官方便直接使用的结论。在这样的情况下，法官们纷纷选择委托司法鉴定也就不足为怪了。

^① 参见最高人民法院 1989 年 10 月 10 日做出的《关于医疗事故争议案件人民法院应否受理的复函》。

^② 何颂跃.医疗纠纷与损害赔偿新释解（第 2 版）[M].北京：人民法院出版社，2002，第 226-227 页。

第二章 二元化鉴定机制存在的问题

第一节 医疗事故技术鉴定机制存在的问题

我国目前根据《条例》建立起来的医疗事故技术鉴定机制，虽然在医疗事故处理方面发挥了很大的作用，解决了不少现实中存在的问题，但是其存在的缺陷也不少，而且正是由于这些缺陷的存在，导致医疗事故技术鉴定结论丧失其应有的公正性、客观性，从而不能为当事人信任，法官在司法实践中也往往会排斥医疗事故技术鉴定结论。从某种程度上说，这些缺陷正是造成医疗鉴定二元化机制的根本原因。目前医疗事故技术鉴定体制存在的问题是多方面的，有鉴定主体问题，有鉴定程序的问题，还有鉴定结论和后续为法庭提供服务不充分的问题。当然，核心的问题是不符合法律界公认的证据学理论。

一、鉴定主体存在的问题

医疗事故技术鉴定主体，包括医疗事故技术鉴定专家库、遴选入库的具体鉴定专家和由鉴定专家组成的专家鉴定组。

（一）鉴定专家积极性不高

进入专家库的成员，一般都是当地医疗卫生专业领域的权威专家。这些专家专业技术水平与学术地位都较高，与此相伴而来的是这些人的专业活动比较多，他们往往不屑于做医疗事故技术鉴定，鉴定的积极性不高，对鉴定资格不珍惜。尤其是向他们提出了一些额外的在鉴定专家看来可能对其造成不利影响的要求时，他们可能会断然拒绝参加鉴定。比如，当前司法界对医疗事故技术鉴定诟病较多的是鉴定专家不署名、不出庭。对此，鉴定专家的解释是，一旦其签名或者出庭，会招致当事人的打击报复，或者受当事人的纠缠等，因而断然拒绝。从而导致医疗事故技术鉴定制度难以与司法制度相协调。要想改变目前医疗事故技术鉴定被动的局面，就必须彻底改革医疗事故技术鉴定的模式，使之与现行的司法体制相一致，使医疗事故技术鉴定结论符合证据的基本条件。

（二）鉴定模式权、责、利严重分离

专家鉴定组是具体执行鉴定任务的主体。虽然鉴定活动是由具体的专家来完成的，但最终是以专家鉴定组的名义对外发布鉴定文书的。专家鉴定组是一个依照既定条件随机产生的临时性的专门针对某一具体医疗纠纷案件从事鉴定活动的组织，自抽签决定时产生，鉴定完成后解散。其具体组成人员情况只有负责组织鉴定的医疗事故技术鉴定办公室知道。专家鉴定组的这一特点，从根本上保证了鉴定专家在鉴定过程中的表现具有相当的秘密性，加之鉴定评议过程是在没有当事人在场的情况下进行的，因此，可以认为专家鉴定组是一个临时性的秘密组织。

无论是西方两大法系国家相关法律制度的规定，还是我国的司法实践，基本上都确认了鉴定人是要承担民事法律责任的。追究鉴定人民事责任的前提在于有明确的鉴定人，既可以是有民事权利能力地位的机构，也可以是具有民事权利能力的自然人。在医疗事故技术鉴定过程中，如果鉴定人是专家鉴定组的话，由于其是没有法人资格的临时组织，当然就不具备承担民事责任的条件，无法对其追究民事责任。而构成专家鉴定组的具体的鉴定专家属于自然人，但是由于其处于秘密状态而导致当事人找不到可以追究责任的人，因而难以保障其民事诉讼的启动。在这样的情况下，因医疗事故鉴定缺陷遭受权益损害的当事人就只能起诉设立该医疗事故技术鉴定专家库的医学会。医学会具有独立法人资格，其成为民事被告的主体资格成立。但是医学会也有难言之苦，因为做出具体医疗事故技术鉴定结论的并非医学会，而是专家鉴定组，医学会在这其中只扮演一个协调组织者的角色，让其承担责任确实又不合适。同时，具体实施医疗事故技术鉴定的专家，由于其免受民事诉讼的干扰，没有承担责任之忧。^①

因此，目前我国医疗事故技术鉴定体制，是一种非常典型且非常严重的权、责、利的分离的模式。鉴定人享有绝对的鉴定权，可以不受任何约束做出鉴定行为，鉴定人是否存在虚假鉴定难以认定，鉴定人在实施鉴定之后可以依照相关规定收取鉴定劳务报酬，但由于鉴定人处于一种秘密的保护状态而无须承担任何责任。医学会没有实施鉴定行为，但是它却要

^① 许宁.试论我国现行医疗事故处理制度的缺陷[J].延边党校学报, 2006, (2)。

背负鉴定错误可能面临的法律责任，甚至医学会在诉讼中由于无法解释鉴定错误的原因而难以对抗原告的诉讼，长期如此，必然会挫伤医学会执行医疗事故技术鉴定的积极性。

（三）鉴定专家的缺陷

鉴定专家只能从医学会事先建立的鉴定专家库中，由医患双方遴选产生。这样产生的鉴定专家存在两方面的缺陷。第一，鉴定专家缺乏鉴定积极性和主动性。鉴定专家是通过专家所在单位根据专家的学术地位推选出来的，由于其本身已经具备比较雄厚的技术实力和学术地位，因此，其容易有不屑于从事医疗事故技术鉴定工作的倾向。只要鉴定与其临床医疗工作出现冲突，鉴定当事人对其有所威胁或者骚扰，他都可能会拒绝鉴定。这也是我国医疗事故技术鉴定长期难以落实鉴定专家在鉴定书上签名的主要原因之一。第二，鉴定专家缺乏相关法律理论和法律知识。医疗事故技术鉴定是一项准司法行为，因而需要理解法律、运用法律。在医疗事故技术鉴定实施过程中，对于回避问题的把握、证据审查等，需要依据法律；在做出医疗事故技术鉴定结论的时候，对于是否构成医疗事故需要适用法律。由于鉴定专家缺乏法律知识，在医疗事故技术鉴定过程中就可能错误理解法律作出错误鉴定结论，或者在程序上、证据认定、事实认定上违法。

二、鉴定程序存在的问题

（一）鉴定人员回避存在明显的缺陷

目前医疗事故技术鉴定专家回避是采取事前回避的方式。对于当事人来说这种回避方式形同虚设。因为医疗纠纷当事人如果要提出回避申请，就必须要对医疗事故技术鉴定办公室向其公示的相关学科组的所有鉴定专家进行一一调查，在获知相关鉴定专家具有《条例》第 26 条规定的情形时，还必须设法去调取相关的证据，因为他在向医疗事故技术鉴定办公室工作人员申请专家回避时，必须要说明申请回避的理由，出示支持其提出回避申请理由的证据，否则其申请极有可能被驳回。在浩瀚的鉴定专家库名册中，要逐个对鉴定专家调查谈何容易。更何况在具体实践中，当事人真

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库